

# **LA TOLERANCIA COMO PRINCIPIO NO RELATIVO DEL EJERCICIO DE UN DERECHO. UNA APROXI- MACION «DISCURSIVA»\***

**Massimo La Torre**

## **I**



**E**N las páginas que siguen pretendo tratar dos cuestiones asociadas al concepto de tolerancia. En primer lugar querría intentar, después de haber descrito rápidamente algunos significados generalmente atribuidos a dicho concepto, defender –permítaseme el juego de palabras– «los derechos de la tolerancia», frente a «la tolerancia de los derechos». De esta manera quiero argumentar contra quien cree que tolerancia y derechos se excluyen respectivamente, de modo que

---

\* Agradezco a Norberto Bobbio, Paolo Comanducci y Andrea Barenghi los comentarios, críticas y consejos en relación a una versión anterior de este escrito. No obstante, la responsabilidad de lo escrito en estas páginas obviamente corresponde únicamente al autor. Traducción castellana de Fco. Javier Ansuátegui Roig.

donde existen los segundos no existiría (i) ya sea necesidad (ii) ya sea posibilidad de la primera. Esta tesis, según se insista en el punto (i) de la falta de necesidad o en el punto (ii) de la falta de posibilidad, se configura o (a) como una forma intransigente de positivismo jurídico, para el cual la única cosa que cuenta y vale es la recepción o protección de disposiciones morales en el ámbito del Ordenamiento jurídico (más o menos estatal) prescindiendo incluso de su justificación, o bien (b) como una versión fuerte de «crítica de la ideología», para la cual el instrumento jurídico, el derecho —sea la *d* mayúscula o minúscula, sea «objetivo» o «subjetivo»— es al mismo tiempo fútil (ya que «ideología», es entendida como enmascaramiento de «otra» realidad) y perverso (ya que, también allí donde parece «liberar», sigue siendo sin embargo *arcanum imperii*, represión, violencia tendencialmente sin límite, decisión *ex nihilo*).

En segundo lugar pretendo sostener una concepción objetivista o mejor *no relativista* de la tolerancia. Ésta, la tolerancia, no se justifica, como se cree a menudo, por el hecho de que todas la tesis y posiciones morales o políticas sean equivalentes. Intentaré demostrar que la tolerancia, como criterio de acción, no puede ser el resultado de la situación del asno de Buridán, sino que debe asumir un bien o un valor como prevalente respecto a otros que contrastan con aquél. Mi conclusión será que la tolerancia puede explicarse, en el interior de una más general concepción que apuesta —por así decirlo— por la bondad de la libertad y de la pluralidad de las opiniones, como *principio no relativo del ejercicio* de derechos. Este intento es una «aproximación», en cuanto que no tiene pretensión alguna de completitud argumentativa (es sólo una «aproximación» al tema). Es «discursivo» desde el momento en que hace un uso (libre) de la «teoría del discurso» de Habermas y de Alexy.

## II

En la literatura política de los últimos tres siglos, al menos a partir de la celeberrima *Epistola de tolerantia* de John Locke, encontramos dos conceptos muy extendidos y discutidos de tolerancia. (i) El primero, es el de tolerancia de una conducta no compartida ni compatible, si bien no tan dañosa y malvada como para deber ser prohibida y sancionada con



una pena<sup>1</sup>. La tolerancia es aquí por tanto una actitud intencional (por tanto no producto o índice de mera indiferencia) de soportar por parte de un sujeto normativamente competente y asumir dicha actitud (de manera que no puede tratarse de un mero, de un simple soportar o sufrir no cualificado) respecto a una conducta que es *prima facie* juzgada (dentro de un cierto sistema normativo que podemos definir «de base») como reproable y por tanto merecedora de prohibición y/o sanción (de pena), pero que, con la ayuda de ulteriores consideraciones (que hacen referencia a un sistema normativo superior respecto al «de base») viene admitida y/o no sancionada ni castigada<sup>2</sup>. La conducta tolerada es aquí por tanto (explícita o implícitamente) cualificada como moralmente negativa o equivocada o reproable. «Tolerancia» mantiene en este caso su significado originario de *pati*, de un padecer o sufrir, en definitiva de soportar un mal. Implica así una valoración negativa del objeto que se tolera. A dicho significado «primitivo» del término se vincula también la interpretación crítica y «anti-ideológica» de la tolerancia como actitud «represiva» o –paradójicamente– como «intolerancia» avanzada en los años sesenta por filósofos como Herbert Marcuse y Robert P. Wolff. Al disenso simplemente «tolerado» no le sería reconocida plena dignidad normativa ni completa legitimidad política; la tolerancia sería, en esta acepción, una forma más sutil de represión como estrategia o estratagema de integración del disidente dentro del «sistema» que lo tolera. Se le conceden ciertas pero no todas las libertades (no aquella de modificar el sistema, por ejemplo) y actuando así se desactiva el valor subversivo de la disidencia y por tanto se impide la expresión activa de sus contenidos. Se le conceden «iguales derechos», pero formales, no iguales condiciones materiales de influencia política y de acceso al poder. Un sistema «tolerante», que «tolera» por tanto el disenso es un sistema en condiciones de neutralizar a éste, absorbiéndolo y metabolizándolo. En fin de cuentas –según esta visión– la «tolerancia» por parte de un sistema es un signo de su vitalidad, por tanto una situación bien adversa a cuantos no creen en el sistema e intentan derribarlo.

---

<sup>1</sup> Los orígenes del uso moderno del término «tolerancia» como concepto política y éticamente relevante se remontan al debate surgido en torno a las guerras de religión entre los siglos XVI y XVII. Cfr. por ejemplo M. TURCHETTI, *Concordia o tolleranza? François Baudin (1520-1574) e i «moyenneurs»*, Angeli, Milano, 1984.

<sup>2</sup> Es este, por ejemplo, el concepto de tolerancia adoptado por J. RAZ: véase su *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1990, p. 402.

(ii) El segundo concepto más extendido y discutido de tolerancia es aquel de un régimen jurídico en el cual está vigente la más amplia libertad de religión y de opinión. «Tolerancia» equivale aquí grosso modo a lo que John Rawls ha llamado recientemente «liberalismo político». En este caso, la tolerancia implica la concesión de un derecho igual para todo ciudadano. En dicha situación –se sostiene por algunos y entre ellos me gusta recordar al Profesor Francisco Tomás y Valiente, ilustre historiador del Derecho español asesinado vilmente por ETA– el concepto y la práctica de la tolerancia pierden relevancia. «Donde hay derechos, y derechos fundamentales, queda menos espacio para la tolerancia»<sup>3</sup>. Allí donde hay derechos –se argumenta– volver a proponer una conceptualización similar llevaría a confusión, ya que un derecho no debe «tolerarse» si no más bien reconocerse y protegerse. Es más, sería reductiva, en cuanto que volvería a proponer una visión paternalista de la acción del gobierno que por el contrario en presencia de un derecho debe ser sólo de garantía y no puede comportar juicio alguno de valor respecto al bien que es objeto del derecho. «No puedo evitar que las actuales prédicas sobre la tolerancia – dice también Tomás y Valiente– me parezcan anacrónicas, tardías en buena medida. Porque quien antes pidió sin éxito la tolerancia, hoy tiene el derecho fundamental a ser lo que quiera ser, a pensar y opinar libremente y exigir respeto, donde antes pedía tolerancia»<sup>4</sup>. No puede dudarse –parece presuponer esta segunda concepción– que los bienes o «males» tolerados según la primera concepción merecen convertirse en «derechos», merecen encontrar por tanto tutela mediante la atribución a ellos de un especial status jurídico. La libertad de religión, por ejemplo, no es sólo tolerada, sino asumida en el sistema jurídico como un verdadero y auténtico derecho, cuando no como un derecho fundamental.

Es posible no obstante una tercera interpretación del concepto de tolerancia, conciliable a pesar de todo con su configuración como liberalismo político y su conexión con la figura de los derechos. Es esta tercera concepción la que quiero proponer, mientras que la primera me causa perplejidad y reconozco sin más el valor de la segunda. Mi propuesta tiene en cuenta sin embargo las observaciones de Tomás y Valiente según el cual la tolerancia hoy «para seguir siendo tiene que ser otra cosa que lo que durante

<sup>3</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, «Ensayo para una historia de la tolerancia, sus formas, sus contrarios y sus límites» en ID., *A orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996, p. 246.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 247.



siglos ha sido o se ha pretendido que fuera»<sup>5</sup>. Es esta «otra cosa» lo que intentaré discutir ahora.

Albergo alguna perplejidad respecto a la primera acepción de «tolerancia» porque me parece en ocasiones inconciliable con el principio de libertad de expresión y con el de igual dignidad de todos los seres humanos. Las opiniones morales y/o políticas deben gozar todas ellas de la misma dignidad normativa frente a las instituciones de una sociedad, con la única condición de que sean compatibles con el mantenimiento de aquellos principios (con el principio de libertad de expresión y con el de igual dignidad de todos los seres humanos). Por otra parte recuérdese que en esta concepción «primitiva» la conducta tolerada depende, para su realización, precisamente de la «tolerancia» del sujeto que detenta el poder público, es decir de su valoración del otro, y por tanto puede que de una suerte de graciosa concesión a éste de algún espacio de libertad. El «tolerado» puede ser aquí nada más que el súbdito de un príncipe benévolo. Ahora bien, esta última configuración de la situación jurídica subjetiva de los individuos me parece que contrasta con el principio democrático, es decir, con la idea de una comunidad de ciudadanos, individuos todos iguales y autónomos, dueños de las instituciones políticas; idea que asumo como muy deseable.

No comparto, sin embargo, la tesis radical de la «tolerancia represiva», ya que, también en el caso en el que la tolerancia axfisie el disenso y pueda ser funcional en relación con el consenso respecto a un determinado sistema, el bien de la libertad y de la posesión de ámbitos, por muy restringidos que sean, de autonomía constituyen precisamente «bienes» para los individuos que se benefician de ellos. Esos, como bienes reales, no pueden ser sacrificados a la vista de un bien eventualmente mayor realizable en un futuro bastante improbable o lejano. Incluso allí donde el «sistema» sea condenable, debe ser posible, y deseable, que existan situaciones intermedias entre la negación absoluta del bien de la libertad de expresión y de disenso y su completa y perfecta afirmación. Este último fin en realidad no es contradictorio respecto a la persecución y logro de porciones incluso mínimas del bien en cuestión.

La particular versión de la segunda concepción antes señalada, la idea por la cual la traducción de la tolerancia en derechos positivos hace a esta superflua, nos sitúa ante una alternativa francamente absurda: o derechos o

---

<sup>5</sup> *Ibidem.*

tolerancia. En el contexto de la positivación jurídica del principio de tolerancia mediante la concesión de derechos éste puede continuar jugando básicamente el rol de principio moral o de principio general del Derecho directivo de la interpretación (y de la sucesiva legislación) concerniente a los derechos en cuestión.

La concepción que contrapone derechos a tolerancia es además insatisfactoria por una razón menos específica y sin embargo no desprovista de relevancia: en cuanto que difunde una idea del derecho subjetivo como *Ausgrenzung*, como delimitación de esferas absolutamente libres de competencia, que no vacilaría en llamar «propietaria» y «decisionista». «Propietaria» ya que es dibujada a imagen y semejanza del «terrible derecho», el *ius utendi ac abutendi* que puede llegar a la destrucción de su objeto, ya que en el ámbito del derecho su titular es considerado un señor absoluto, un pequeño déspota, que no debe rendir cuentas de su propia conducta a nadie. (Dígame *en passant* que dicha idea de los derechos, ulteriormente radicalizada, es la que hace sostener a un «anarcocapitalista» como Murray Rothbard que la libertad de opinión tiene sentido sólo hasta donde se extienden las propiedades, neutralizando así la posibilidad misma de la tolerancia). Esa concepción es «decisionista» porque presupone que el ejercicio del derecho no requiere justificación ulterior alguna, y se remite al «tel est notre plaisir», a la decisión suprema e incontestable del titular. Ello no impide sin embargo sostener una concepción del derecho subjetivo como poder de autonomía. Requiere sólo que tal poder y su ejercicio sean motivados y justificados.

La idea por la cual los derechos subjetivos serían delimitaciones («Ausgrenzungen») de competencias no sujetas a ninguna valoración (y a ninguna justificación) respecto a su ejercicio ha vuelto a ser propuesta recientemente en el marco de una teoría de la «democracia deliberativa». Los derechos subjetivos —leemos— «son según su función básicamente delimitaciones: los ciudadanos están autorizados a colmar los ámbitos de acción que les atribuye la constitución mediante su propia iniciativa con preferencias, determinaciones de fines, vínculos autonomamente asumidos y formas pluralistas de vida, sin tener que justificar su uso particular de la libertad públicamente frente a la sociedad»<sup>6</sup>. Lo cual es realmente sorprendente en consideración al hecho de que la teoría de la democracia deliberativa considera que el método democrá-

---

<sup>6</sup> O. GERSTENBERG, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987, p. 9, cursivas en el texto.

tico no consiste en la mera agregación de mayorías sino más bien en la aplicación consiguiente y generalizada del principio de la igual dignidad de los seres humanos; de manera que una decisión será democrática sí y sólo sí puede concebirse como basada en razones que todos los sujetos interesados podrían asumir como buenas y por tanto como propias<sup>7</sup>. La concepción deliberativa o «constitucional» (como dice Dworkin) de la democracia tiende a superar la tradicional línea divisoria entre derecho público (hecho de deberes y de responsabilidades) y derecho privado (hecho de derechos y de inmunidades). La noción de derecho subjetivo (como «Ausgrenzung») supone por el contrario, en términos bastante usuales, aquella «clásica» distinción, haciendo el espacio privado una vez más opaco respecto a los principios de «razón pública», respecto a criterios intersubjetivos de justificabilidad.

Escribe también Gerstenberg: «los derechos subjetivos son *delimitaciones*; producen de un lado el ámbito de juego de planes de acción y concepciones de bien responsablemente asumidos en primera persona; constituyen una esfera *no pública* en el interior de la cual la sociedad civil, a sus miembros como unidades de imputación y de responsabilidad, les reconoce decisiones no representables –“representables” significa aquí que dichas decisiones en tanto que recaen en el interior de la esfera constituida por derechos subjetivos, no deben ser justificadas *coram publico* en el foro de la sociedad civil–»<sup>8</sup>. La imposibilidad de someter el ejercicio de los derechos a criterios de justificabilidad implica que dicho ejercicio no es controlable en su contenido, que puede ser sordo a exigencias de justicia que vayan más allá de una actitud meramente legalista, y que puede por tanto entrar en conflicto con el requisito del respeto de la igual dignidad (el principio cardinal de la democracia deliberativa) sin por esto deber ser reconocido como ilegítimo.

### III

En realidad no sólo en una democracia deliberativa sino también allí donde está vigente el liberalismo político, es decir un régimen de garantía

<sup>7</sup> Cfr. B. MANIN, «On Legitimacy and Political Deliberation», *Political Theory*, vol. 15, 1987, pp. 338 y ss.

<sup>8</sup> O. GERSTENBERG, *Op. cit.*, pp. 64-65, cursivas en el texto.

de la libertad de expresión, y donde la tolerancia está positivizada en derechos, hay lugar para un papel específico del concepto (de la tolerancia) distinto de aquel del reconocimiento o de la protección de un derecho. La tolerancia en este caso tiene que ver con las modalidades del ejercicio de un derecho. Se puede ser intolerantes, de hecho, también ejerciendo un derecho, cuando se interpreta este último como un principio absoluto incapaz de ser contrapesado por otras distintas consideraciones de orden normativo, por otros derechos principalmente. Se puede ser intolerantes cuando se ejerce un derecho de manera inflexible o despiadada.

Puesto que también los derechos, como las normas y las posiciones normativas en general, callan sobre las modalidades de su ejercicio o de su aplicación, y en el caso de un derecho disponible, incluso sobre si hay que ejercerlo, y en todo caso sobre el momento preciso del ejercicio (cuando, por ejemplo, hay que requerir una cierta prestación), y sobre las modalidades de ejercicio<sup>9</sup>, exigen criterios supletorios no derivables del contenido de los derechos y de las normas. Puesto que en el caso de los derechos el ejercicio es a menudo facultativo, y reservado a la decisión de su titular, es útil para una tal eventualidad armarse de criterios que indiquen cuando es mejor que un derecho deba ser ejercido.

Los derechos callan también sobre las consecuencias de su ejercicio. Éste, no obstante, para resultar racional además de razonable y sensato, no puede prescindir de una valoración de sus consecuencias. También allí donde se asuma que los derechos son argumentos de tipo anticonsecuencialista, orientados hacia una «racionalidad según el valor» y no «según el fin», —como diría Max Weber— y se crea por tanto que la conducta objeto del derecho es un bien en sí mismo, dicha conducta no se encuentra aún inscrita y definida plenamente en el contenido semántico del derecho; puede asumir muy variadas formas. Y a igualdad de fidelidad al derecho y de plenitud de realización de su contenido de valor es razonable escoger la conducta más adecuada teniendo en cuenta las consecuencias de la conducta misma. De otro modo es bien posible hablar de *abuso* del derecho<sup>10</sup>; que es distinto de la ausencia de éste. Se requiere por tanto una deliberación sobre el *cómo* del ejercicio del derecho. Puesto que la *manera* de ejercer el

---

<sup>9</sup> Sobre este punto *cfr.* las consideraciones siempre actuales de P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 74-75 y pp. 92 ss.

<sup>10</sup> Clásica sobre el tema es la contribución de Louis JOSSERAND ( *De l'esprit des droits et de leur valeur relative. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris 1927) y junto a esta no des-





derecho está también en buena medida reservada a la *discrecionalidad* del titular, esta última no puede ser confundida con el *arbitrio* y es por tanto controlable y por tanto sujeta a formas intersubjetivas y públicas de racionalidad <sup>11</sup>.

El ejercicio de los derechos reconduce por tanto a criterios que no podemos encontrar en el contenido semántico de los derechos. Uno de estos criterios –y uno de los más relevantes, en mi opinión– es el de la *tolerancia*. En este contexto, la tolerancia puede ser por tanto reformulada básicamente como la siguiente exigencia:

(i) Antes de ejercer un derecho que tenga consecuencias fuertemente negativas sobre los intereses de alguien, siendo el ejercicio de tal derecho facultativo, es necesario que el titular del derecho considere los intereses del posible perjudicado como razones que obstaculizan el ejercicio de su derecho.

---

merece el bello ensayo de P. RESCIGNO, «L'abuso del diritto», en *Rivista di diritto civile*, 1965, pp. 205 ss.

Como es sabido, Josserand distinguía cuatro teorías principales del abuso de derecho, (i) la «intencional», (ii) la «técnica», (iii) la «económica», y (iv) la teoría «funcional» (*Vid. JOSSERAND, Op. cit.*, pp. 341 ss.) Para la primera, el abuso consistiría fundamentalmente en el ejercicio «malicioso» (o con mala fe) del derecho, para la segunda, en su uso imprudente o negligente, para la tercera, en el empleo antieconómico o bien no justificado de un interés legítimo. En fin, para la teoría «funcional» –que es aquella por la que opta Josserand– el abuso se configura como una especie de «exceso de poder», un «détournement de droit», es decir, «la desviación infligida a un derecho que se utiliza de manera contraria a su espíritu» (ivi, p. 361), allí donde éste («l'esprit des droits») es entendido como «su misión social» (ivi, p. 360), y el abuso «acte antifonctionnel» (ivi, p. 8). Ahora bien, la propuesta teórica que se esboza en este artículo no puede reconducirse a ninguno de los esquemas ofrecidos en las cuatro teorías que se acaban de referir. Quizás se podría, a partir de ella, desarrollar una quinta teoría en la cual el criterio del abuso ya no es ni intencional ni técnico o económico ni menos aún funcional, sino más bien argumentativo, y que es suministrado por la noción de razonabilidad entendida como principio universalizable. Dicho de otra manera, se podría intentar conceptualizar el abuso de derecho a partir de la teoría que lo concibe como «exceso de poder» desligando este de la noción de un determinado fin o función «objetiva» intrínseca al derecho subjetivo mismo (concepción que sabe desafiado a esencialismo y con implicaciones metafísicas excesivas además de individualistas y antirreflexivas), para referirse por el contrario a principios intersubjetivos de buena argumentación.

<sup>11</sup> Cfr. al respecto una reciente sentencia de la Corte de Casación italiana: «Debe considerarse contrario a la buena fe, y por tanto inadmisibles, así como ilegítimos por abuso de derecho, el comportamiento del acreedor que, pudiendo exigir el cumplimiento coactivo de la entera obligación, fraccione, sin ninguna razón evidente, la petición de cumplimiento en toda una pluralidad de juicios de cognición ante jueces competentes para las partes. No vale para excluir este juicio desfavorable el hecho de que no se profile ninguna ventaja económica, de esta manera, para el acreedor. Aquello que, de hecho, únicamente importa, a los fines de un correcto planteamiento del problema dentro de los cánones hermenéuticos del principio de buena fe, es la existencia de cualquier perjuicio para el deudor, no justificado por una correspondiente ventaja –merecedora de tutela– para el acreedor» (Corte Cass., Sez. I, Sent. n. 6900 del 2 de julio de 1997).

Sólo si el bien que es protegido por el derecho es configurable en términos universales como más genéricamente aceptable que los bienes que obstaculizan el ejercicio del derecho, este deberá ser ejercido.

En aquellos casos donde el ejercicio del derecho no sea facultativo, o bien superado el primer control de tolerancia frente al carácter facultativo del derecho, el principio de tolerancia podrá ser reformulado del modo siguiente:

(ii) *Es necesario ejercer el derecho de la manera menos dañosa posible para los intereses que el ejercicio mismo pone en cuestión y daña no obstante de manera relevante.*

Se podría sostener que los intereses que el derecho daña deben ser necesariamente dañados si se quiere ejercer el derecho en cuestión. Ahora bien, ello no es todavía una razón suficiente para ejercer el derecho en el caso en el que este pueda ser ejercido facultativamente. El carácter facultativo del ejercicio no anula obviamente la posibilidad y la titularidad del derecho, que permanecen inalteradas (en general al menos dentro de ciertos límites de tiempo más o menos amplios). El carácter facultativo del ejercicio implica sólo que aquellos intereses *pueden* ser dañados. Por otra parte, cuando el ejercicio del derecho no es facultativo, o si se ha superado el primer control de tolerancia, los intereses a considerar son los generales del sujeto concernido y dañado por el ejercicio del derecho, y dichos intereses deben ser algo ulterior a la disminución de la esfera jurídica de autonomía del sujeto obligado resultante de la, y correspondiente a la, sumisión al derecho. De modo que el ejercicio del derecho, aunque prevalezca sobre un interés específico y concreto del sujeto así dañado, no debe generalizar el daño más allá de los límites estrictamente necesarios para la realización del bien objeto del derecho. Así, por ejemplo, no existirá ejercicio legítimo de un derecho que justifique la eliminación física del individuo cuyos intereses se opongan al ejercicio del derecho en cuestión. Tampoco puede existir ejercicio de derechos que impida al sujeto dañado cualquier otro ejercicio de un derecho igual a aquel ejercido en perjuicio suyo en condiciones análogas a las disfrutadas por el titular del derecho cuyo ejercicio se cuestiona.

Dicho en otros términos, el principio de tolerancia en un régimen jurídico de liberalismo político no desaparece ni deviene superfluo una vez finalizado el proceso legislativo (dirigido por la idea del máximo posible pluralismo de las opiniones y de los valores compatible con la idea de la libre expresión de las opiniones y preferencias personales) que desemboca en la producción



de leyes y reglamentos que instituyen derechos (y deberes). Una vez finalizado el proceso legislativo, que se podría definir también como un procedimiento *justificativo* (que para conceder o reconocer jurídicamente –por medio de leyes positivas– los derechos necesita antes asumir su valor y por tanto justificarlos), el discurso práctico (el discurso sobre normas y derechos) en realidad no ha concluido. Se abre en este punto el proceso de aplicación de las normas y de los derechos, al que corresponde un tipo de discurso práctico dotado de específicas características<sup>12</sup>. En particular es necesaria una deliberación práctica respecto a normas y principios distinta al menos parcialmente de la justificación de éstos, desde el momento en que – como es el caso de los ordenamientos jurídicos– el proceso justificativo es institucionalizado y está por tanto comprendido y limitado dentro de bien precisos límites temporales y espaciales (estableciendo los términos para la deliberación y excluyendo de ésta al menos alguno de los posibles interesados y fijando un ámbito temporal y espacial para la validez de las normas deliberadas). En tal caso, el proceso justificativo tiene un fin bien identificable (la producción de una ley válida en una cierta fecha y dentro de un determinado territorio) y un cuerpo de «actores» con competencias exclusivas (el legislador). Llegados a este punto, a la producción de una ley válida en una determinada fecha, por un cierto grupo de hombres, no todo está decidido. Normas y derechos resultan justificados (y previstos) en el caso de la justificación de normas y derechos *generales*, como es el del procedimiento legislativo, sólo con referencia a casos abstractos y a clases de individuos y a condición de la permanencia en el tiempo de los rasgos que definen los casos y las clases en cuestión. Ahora bien, la situación en que se aplican las normas y se ejercen los derechos se distingue (de la de la justificación y producción legislativa de normas y derechos) por el hecho de que la generalidad del supuesto de hecho definido en abstracto encuentra aquí una concreción, una especificación, pero también una alteración más o menos relevante. Ello porque a las cualidades de la situación abstractamente considerada de la norma general (producto del proceso institucional de justificación) se añaden otras, que no especifican sólo sus rasgos abstractos. Se trata aquí de caracteres ulteriores, inevitablemente presentes, ya que la previsión del

<sup>12</sup> Acepto en términos generales la tesis expresada por K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse im Moral und Recht* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1988. Véase también K. GÜNTHER, «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special case Thesis"», en *Ratio Iuris*, vol. 6, 1993, pp. 143 y ss.

supuesto de hecho abstracto no puede anticipar todas las variables y las circunstancias relevantes que se dan en el caso concreto.

Se hacen necesarios por tanto un discurso y una deliberación concernientes a la aplicación de las normas y/o al ejercicio de los derechos, discurso y deliberación independientes del discurso y de la aplicación acerca de su justificabilidad. Dejo abierta aquí la cuestión de si tal discurso de aplicación puede legítima y casi inmediatamente transformarse en un discurso de justificación. Se podría sostener también que lo que llamo aquí discurso de aplicación no es otra cosa que un discurso de justificación de un nivel distinto de aquel (siempre justificativo) que conduce a la producción institucional de la norma general. La diferencia sería entonces no entre dos *tipos* distintos de discursos sino más bien entre dos *niveles* del mismo tipo. La «aplicación» tendría que ver con la fundamentación de reglas *individuales* y la «justificación» (en cuanto contrapuesta a la «aplicación») con la fundamentación de normas *generales*<sup>13</sup>. Pero aunque este razonamiento tiene toda la apariencia de ser plausible puede mantenerse —creo— la distinción entre los dos *tipos*, al menos allí donde se esté en presencia de una producción institucionalizada de reglas y de una separación entre poder legislativo y poder judicial, ya que en este contexto se asume la existencia de un cuerpo de reglas detalladas, dadas para ser válidas en el tiempo (al menos dentro de un cierto lapso de tiempo) y públicamente conocidas que no pueden ser modificadas en el curso de su aplicación. Ocurre otra cosa en el ámbito moral en el que no encontramos sistemas detallados, conocidos y públicos de reglas. Los códigos morales básicamente están compuestos de pocos principios y se alimentan de reglas precisamente en el momento de la aplicación de un principio generalísimo que se encuentra convalidado solo si la norma individual que justifica consigue pasar una ulterior serie de *tests* de justificabilidad (por ejemplo el de universalizabilidad). Mientras que en la moral el principio general nos devuelve —por así decirlo— a la memoria y adquiere validez si consigue justificar una cierta regla individual, en el caso del derecho estamos ya en posesión de un cuerpo de reglas generales dotadas (al menos *prima facie*) de una legitimidad independiente de su capacidad de justificar la regla del caso concreto. Es básicamente esta

---

<sup>13</sup> Esta es la propuesta de Alexy en polémica con la de Günther. Vid. R. ALEXY, «Justification and Application of Norms», en *Ratio Juris*, vol. 6, 1993, pp. 157 ss. Cfr. también I. DWARS, «Application Discourse and Special Case-Thesis», en *Ratio Juris*, vol. 5, 1992, pp. 67 ss.

última la que debe justificarse frente a la norma general, ya que el discurso de justificación de esta última se da (al menos *prima facie*) por definitivamente concluido.

Si es así, si esta distinción entre derecho y moral se mantiene, en el caso del derecho existe entonces un procedimiento distinto de aplicación. Existe necesidad también en este caso de criterios que guíen nuestra conducta, más allá de los ofrecidos por las reglas generales del derecho legislativo, en particular de criterios que nos guíen para llegar a la aplicación más apropiada o al ejercicio más adecuado<sup>14</sup>. Creo que la tolerancia es uno de tales criterios.

El ejercicio del derecho no puede violar ni el principio de racionalidad (que impone producir argumentos en favor de las propias afirmaciones<sup>15</sup>) ni el principio de universalizabilidad (que nos impone ante todo un uso coherente del lenguaje<sup>16</sup> y por tanto la posibilidad de acuerdo por parte de los interesados sobre los efectos de una aplicación general de las reglas o del ejercicio general del derecho<sup>17</sup>) y tampoco el principio de proporcionalidad. Los tres principios mencionados son relevantes —como se sabe— en el ámbito de la justificación de deliberaciones prácticas. Ahora bien, en el contexto de la aplicación de normas y del ejercicio de los derechos, son precisamente estos tres los que componen conjuntamente el principio de tolerancia. Este resulta por tanto de la extensión al ámbito de la aplicación

---

<sup>14</sup> La relevancia de la razonabilidad se hace tanto más fuerte cuanto más concreto es el ámbito de producción de un acto normativo. Mientras que en el nivel legislativo y más en el constitucional, tratándose en general de normas abstractas producidas por órganos representantes del interés general, se puede asumir un más elevado grado de imparcialidad de los productores de los actos jurídicos (las leyes constitucionales y ordinarias), muy reducida es la imparcialidad que es lícito presuponer en quien ejercita un derecho propio (para defender en general los propios intereses). Cuanto más concreto es el contexto de producción normativa (¿qué hay más concreto que el contexto de aplicación de las normas?) tanto mayor resulta la exigencia de razonabilidad del acto (cfr. J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 340).

<sup>15</sup> Cfr. las *Vernunftregeln* de R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, II ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pp. 361-362, y el principio de «racionalidad» enunciado en B. A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, Conn. 1980, p. 4.

<sup>16</sup> Vid la tercera de las *Grundregeln* en R. ALEXY, *Op. ult. cit.*, p. 361, y el principio de «coherencia» («consistency») en B. ACKERMAN, *Op. cit.*, p. 7.

<sup>17</sup> Cfr. la segunda de las *Begründungsregeln* o reglas de justificación en R. ALEXY, *Op. ult. cit.* p. 363. Este principio coincide parcialmente con el de «neutralidad» enunciado en B. A. ACKERMAN, *Op. ult. cit.* p. 11. El principio de «neutralidad» que requiere al titular del poder público no valorar su concepción del bien como superior a la de sus conciudadanos equivale básicamente al principio de «imparcialidad». Este representa la primera de las «reglas de justificación» señaladas por Robert ALEXY (vid. *Op. ult. cit.*, p. 363).

de principios fundamentales para la justificación. La tolerancia puede entonces reformularse como *principio del ejercicio de un derecho*<sup>18</sup>.

Pero, ¿qué es este principio?, preguntará el iuspositivista. ¿Es un principio jurídico, o es «metajurídico», o bien es sólo moral? Ahora bien, prescindiendo del hecho de que el reconocimiento de un principio moral (o «metajurídico») como tal pueda (o no) tener relevancia *jurídica*, no me preocupa afirmar que tal principio puede también entenderse sólo como criterio moral sin inmediatos reflejos jurídicos para cada caso, hecha la excepción de una situación en que se diera una patente y extrema manifestación de intolerancia. Marcaría una situación-límite y su intolerabilidad, que desde el punto de vista moral no puede no transmitirse al jurídico, si no se quiere convertir a esta en una especie de condena eterna. El jurista no puede resignarse a la maldición de las *Tischreden* de Lutero: *Juristen böse Christen*. La reformulación de la noción tolerancia podría servir para testimoniar –por decirlo con Pietro Rescigno– «la antigua miseria del derecho y el sufrimiento del jurista que intenta superarla»<sup>19</sup>.

No se ve además por qué principios reconocidos válidos en el ámbito del discurso justificativo (de la legislación) no podrían serlo también en aquello que concierne a la aplicación del Derecho<sup>20</sup>. Si se acepta que el punto de vista interno de quien aplica las normas no es descriptivo o meramente cognitivo, y tiene un fuerte componente normativo, adscriptivo si no prescriptivo; y además se reconoce que las funciones lingüísticas no son solamente la descriptiva y la prescriptiva o imperativa sino que existe al menos otra igualmente relevante, la *argumentativa*<sup>21</sup>; entonces se deberá concebir que es al menos posible (si no necesario) argumentar sobre las

---

<sup>18</sup> Lo cual puede tener –creo– interesantes repercusiones en la dogmática jurídica. La «buena fe» a la que en la doctrina jurídica se reconduce la noción de «abuso del derecho» (vid. por ejemplo, F. GALGANO, *Diritto Privato*, V ed., CEDAM, Padova 1988, p. 331) podría reconceptualizarse –al menos en el caso del ejercicio de derechos subjetivos–, no ya como estado meramente psicológico o intencional del sujeto es decir como prohibición de «desviación» del fin intrínseco en el derecho mismo (idea un poco demasiado ontológicamente comprometida), sino más bien como criterio de tolerancia en el sentido aquí propuesto.

<sup>19</sup> P. RESCIGNO, *Op. cit.*, p. 290.

<sup>20</sup> Históricamente –puede recordarse– ha ocurrido por el contrario que la introducción de principios garantizados de racionalidad para aquello que concierne a la producción de la ley ha procedido de una aplicación analógica a los procedimientos legislativos de criterios válidos para la legitimidad de los actos administrativos (piénsese en particular en la doctrina del exceso de poder).

<sup>21</sup> Sobre la función argumentativa del lenguaje se detiene a menudo y en extenso Karl. R. POPPER (vid. por ejemplo su *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Revised Edition, Clarendon, Oxford, 1986, pp. 119 ss.).



decisiones (además de las descripciones). Y justificación y aplicación de normas (también jurídicas) no resultan, bajo el perfil de la función argumentativa del lenguaje, radicalmente separadas. Ambas necesitan argumentos para ser valoradas como correctas (y por tanto ser adoptadas de modo consciente y racional). De manera que argumentos válidos para el contexto justificativo (para la producción de la ley) podrán considerarse válidos también para el contexto de la aplicación (el «uso» de los derechos). Racionalidad, universalizabilidad, y proporcionalidad podrán por tanto adoptarse como criterios *jurídicos* (y no sólo morales) de los derechos, es decir, como criterios de un discurso encaminado a hacer operativos derechos *jurídicos*, fijados en o concedidos por leyes positivas de un determinado ordenamiento históricamente vigente.

Los derechos permanecerían sin embargo *prima facie* incontestables también respecto a su ejercicio. Sólo una extrema violación del principio de tolerancia (como principio complejo o compuesto), es decir como ataque relevante e intolerable a los intereses del dañado por el ejercicio del derecho, podría tomarse en consideración aquí. Se podría así considerar que en el caso del ejercicio de un derecho la carga de la prueba de la intolerancia recaiga enteramente sobre el perjudicado, y que dicha prueba –para contrastar legítimamente aquel ejercicio– debe ser de tal naturaleza que pueda demostrar más allá de posibles dudas que se está en presencia de una intolerable manifestación de intolerancia.

IV. Paso ahora a argumentar en defensa de la tesis de la no relatividad del principio de tolerancia. La tolerancia –en su configuración conceptual tradicional– es eminentemente (si bien no exclusivamente) tolerancia de opiniones. Pues bien, se toleran las opiniones ajenas fundamentalmente porque se cree en el valor de la libertad de opinión. Pero si la opinión de otro está tan poco fundada como la mía (en el caso de que ésta lo esté), si ninguna de las dos «prima», ¿cómo podré escoger entre éstas y, por tanto, como podré afirmar el valor de la tolerancia y comportarme en consecuencia (suponiendo que esta sea mi opinión?)<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. el argumento utilizado por Leonard Nelson en su polémica contra la concepción relativista de la democracia defendida por Hans Kelsen: «Wenn das Ideal für eine soziale Ordnung nicht feststellbar ist, wenn also keine Ordnung ausgezeichnet werden kann, dann verdient auch die Demokratie keine Auszeichnung» (L. NELSON, *Demokratie und Führerschaft*, en ID., *Gesammelte Schriften in neun Bänden*, a cargo de P. Bernays et al., vol. 9, Felix Meiner, Hamburg, 1972, p. 560).

Por otra parte, sí creo que todas las opiniones y posiciones morales son normativamente infundadas, frente a la necesidad de escoger una, excluido el recurso a la suerte, tendré que confiar en criterios pragmáticos y utilitaristas. Podré elegir así la moral que sirve mejor a mis intereses personales o de grupo, o bien –y es esta la opción generalmente adoptada por el escéptico (de Montaigne a Descartes, por ejemplo)– asumiré la moral dominante, aquella vigente de hecho que mejor o peor consigue orientar los comportamientos colectivos y así proteger también –aunque sea parcialmente– alguna de mis elecciones vitales personales. La adhesión a la moral dominante (o «positiva») por otra parte no me expone a los riesgos y a la presunción de la crítica y de la transgresión de la tradición y del orden constituido. Podré vivir como la zorra que antes de esconderse en su guarida borra todas sus huellas. La moral provisional del relativista es así –como ocurre al final en la filosofía de Descartes– la moral del *status quo*.

Si no se reconoce a ninguna moral un valor «absoluto» u «objetivo», y se considera que todas son provisionales y frágiles, se encontrarán todas ellas en el mismo plano, iguales en derechos y deberes, sin que tras ellas se dé ningún orden jerárquico y ninguna de ellas pretenda imponerse: será éste entonces un régimen de libertad y de tolerancia de las opiniones. Pues bien, aquí el relativista se engaña lamentablemente sobre el significado de las palabras: igualdad, equivalencia, no son necesariamente nociones positivas, no expresan siempre un contenido de aprobación y de reconocimiento, ya que son términos con una fuerte carga persuasiva (como «libertad», o «democracia», entre otras). Se puede ser «iguales» en la miseria y en la desesperación, dos situaciones ciertamente no valorables positivamente. Dos objetos sin valor son «iguales» aún permaneciendo así, es decir, sin valor, y sólo en cuanto que permanecen así. Ahora bien, la igualdad establecida por el relativista respecto a las distintas opiniones y morales es propiamente de signo negativo: opiniones y posiciones morales son «iguales», «equivalentes», por el hecho de que equivalen en la falta de valor, por el hecho de que son igualmente relativas, igualmente privadas de fundamento (de razones y de argumentos, por tanto). En tal caso, ya que ninguna tiene valor, no se ve por qué solo una de ellas debería respetarse<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> En realidad se le pueden dirigir las críticas que Popper dirigía a las teorías causalistas del lenguaje, y así que «all these arguments are self-defeating in so far as their arguments establish –unintentionally, of course– the non-existence of arguments» (K. R. POPPER, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge and Kegan Paul, London, 1972, p. 295).



Pero —objeta el relativista—, visto que son iguales, aunque sea en la falta de valor, todo tratamiento de ellas (morales, opiniones, ideas) que no quiera ser arbitrario debería aplicarles por lo menos el principio de la justicia formal que nos obliga a tratar lo igual de manera igual. Y visto que no podemos despreciar opiniones, posiciones, morales (¿cómo hacer entonces para orientarnos en la vida cotidiana?), tenemos que admitir todas ellas<sup>24</sup>.

Obviamente, y fácilmente, se puede replicar a dicha objeción recurriendo a la evidente contradicción en que cae nuestro relativista. El principio de la justicia formal es —en su perspectiva— una opinión como todas las otras, y por tanto sin fundamento. ¿Por qué debemos tratar a lo igual de manera igual y no más bien de manera desigual, si todo es igualmente infundado? Incluso si se invirtiera la tesis del relativista de la igualdad en la falta de valor en la tesis de la igualdad en la plenitud de valor (cosa que le ocurre en ocasiones al historicista), y se afirmase luego la tesis del «everything goes», del «todo vale, seguiríamos careciendo de una respuesta a la cuestión del por qué aplicar la justicia formal en vez de un criterio discriminatorio. Si todos los criterios son válidos, ¿cómo se elige uno frente a otro, allí donde por lo menos estos son recíprocamente irreconciliables (lo cual ocurre con cierta frecuencia)?

Aquí surge un ulterior problema, el de la relación entre opinión y conducta, es decir de la relación entre juicio práctico y su realización en un comportamiento. Para admitir todas las opiniones debemos admitir también opiniones entre ellas en flagrante contraste: por ejemplo la que defiende la tolerancia, y la que la niega. Si sobre el plano puramente teórico podemos conceder su equivalencia, debemos decidarnos sobre cuál realizar en el plano práctico. Ahora bien, si queremos realizar en la práctica el principio de tolerancia estamos obligados a implementar al menos una posición (aquella —pongamos— que proclama la tolerancia y la libertad de opinión) y a vetar al menos otra opinión en claro contraste con la primera (en este caso la que afirma la subordinación de las conciencias y la censura con el fin de

---

<sup>24</sup> Otra posible solución relativista es aquella de algún tipo de acuerdo o —mejor dicho— de compromiso en el cual cada parte ceda una porción de sus pretensiones como «second best choice». Introduciendo sin embargo una especie de cálculo costes/beneficios en el ámbito moral, tal solución (i) resulta en primer lugar inestable (dependiendo de la variable de los posibles costes de una afirmación plena de los valores considerados óptimos, la «first best choice») y, (ii) en segundo lugar, puede incluso alimentar la intolerancia tendiendo a sacrificar aquellas posiciones cuya supresión comportaría los costes menores (a fin de cuentas los valores de las minorías o de los más débiles).

proteger una cierta «verdad»). Para hacerlo debemos no obstante afirmar, aunque sea implícitamente, que la opción de la tolerancia es *superior* (ya que *mejor*) a aquella otra. No es extraño entonces que hasta un crítico de la «tolerancia represiva» como Marcuse admita que «el telos de la tolerancia es la verdad»<sup>25</sup>.

Para afirmar la tolerancia, concebida también a través de la idea de la equivalencia de todas las opiniones, para hacer posible la libre expresión de todas estas, debemos impedir que al menos una de estas (aquella, por ejemplo, que sostiene que la libertad de opinión es un mal y que por tanto debe ser suprimida) se traduzca en conducta y sobre todo en conducta socialmente vinculante. Necesitamos por tanto un principio de valor, una regla de prioridad, que la equivalencia de las opiniones es incapaz de ofrecernos. Para implementar la tolerancia necesitamos en definitiva afirmar la prioridad axiológica y normativa de esta, y para tal afirmación no podemos recurrir a cualquier principio de equivalencia o «relatividad»<sup>26</sup>. Es necesario algún principio de valor que afirme la superioridad de nuestra posición. Debemos por tanto afirmar que la tolerancia es «objetivamente», o «inter-subjetivamente» (que no es lo mismo que «objetivamente», pero no es tampoco reducible a «subjetivamente»), y no sólo «relativamente», mejor que la intolerancia.

Se puede sostener aún quizás que una fundamentación «objetiva» o «absoluta» de una opinión o posición moral o política favorezca un planteamiento de excesiva confianza en los propios valores, y por tanto pueda desembocar en arrogancia cuando no en intolerancia. Una consideración «absoluta» u «objetiva» de determinados valores estimularía y alimentaría la tentación de imponerlos a los otros, puede que a la fuerza, prescindiendo del contenido de los valores mismos. Ahora bien aún suponiendo que así fuera, la alternativa respecto a la justificación de valores y posiciones normativas no es: o «relativismo» o «absolutismo», o duda sin fin o certeza irremovible. Es concebible que se puedan justificar valores con una pretensión de universalidad sin deber recurrir necesariamente a una fundamentación ontológica de los valores mismos, o sin deber rechazar la idea

---

<sup>25</sup> H. MARCUSE, *La tolleranza repressiva*, trad. it. di L. Codelli en R. P. WOLFF, B. MOORE Jr, H. MARCUSE, *Critica della tolleranza*, Einaudi, Torino, 1968, p. 86.

<sup>26</sup> Cfr. también M. SANDEL, «The Political Theory of Procedural Republic», en G. C. Bryner & N. B. Reynolds (eds.), *Constitutionalism and Rights*, Brigham Young University, Provo, Utah 1986, p. 142: «Toleration and freedom and fairness are values too, and they can hardly be defended by the claim that no values can be defended».

de que valores y posiciones normativas puedan modificarse y progresar. La universalidad de los valores, más que como «objetiva», basada por ejemplo en un cierto orden del universo, puede concebirse como «intersubjetiva», como el acuerdo al que todos los sujetos implicados en la situación objeto de valoración llegarían en condiciones discursivas ideales, en las condiciones determinadas por tanto sólo por la fuerza del mejor argumento, por una absoluta libertad de argumentación y por una perfecta paridad de derechos. La validez universal en esta acepción no excluye que las posiciones normativas intersubjetivamente (universalmente) verificadas no puedan modificarse, ya que valen sólo *rebus sic stantibus*, es decir en los límites de la situación a la que se refieren y de las circunstancias empíricas dadas. Nada excluye que tanto la una como las otras puedan modificarse. Por otro lado, una fundamentación discursiva de normas y de principios es siempre provisional, ya que es siempre posible que un nuevo y mejor argumento conduzca a conclusiones distintas de las alcanzadas hasta el momento.

Se puede dar la vuelta al argumento del relativista y sostener que es precisamente él el que al final asume un planteamiento intolerante. Es él el que nos dice que llega un momento en el que la cuestión ya no es de justificación, un momento en que los argumentos callan, que se ha llegado al punto más allá del cual no es posible argumentar. En este punto la razón se hace muda; la «hora de la verdad» es en resumidas cuentas la de la habilidad pragmática o la del recurso a la fuerza. Escribe Uberto Scarpelli: «Cuando (...) se alcanza el principio, o el principio más alto que cualquier otro principio, y sobre él no existe acuerdo, es una práctica del sabio la de no insistir en la justificación. Cesa por tanto la justificación; más allá no queda más que la persuasión (o, si ésta falla, el uso de la fuerza)»<sup>27</sup>. El nocognitivista radical (para el que en ética, y en general en el ámbito del discurso práctico, no existe verdad ni tampoco valor alguno de corrección, y todo se confía a la decisión) debe —en el mejor de los casos— asumir un planteamiento pragmático y paternalista (confiándose a la persuasión y a la retórica) o bien recurrir de manera más directa a la fuerza (y volverse violento). En ambos casos, una vez que se defina la intolerancia como la opresión de la autonomía ajena (de juicio y de acción), el desenlace de la posición no cognitivista radical no es

---

<sup>27</sup> U. SCARPELLI, «Gli orizzonti della giustificazione» en L. Gianformaggio & E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto*, Laterza, Bari, 1986, p. 41.

otro que la intolerancia misma y –lo que es más grave y en cierta medida paradójico– la *justificación* de ésta. Téngase en cuenta que aún no nos encontramos en el ámbito de la aplicación de principios y normas, que sí pueden requerir un uso de la persuasión o de la fuerza. Este último uso es tratado por el nocognitivista radical no en el contexto de la aplicación, sino precisamente en el contexto de la justificación: la fuerza no servirá –en esta perspectiva– para «implementar» una regla, sino para *justificarla*. Visto que no se puede justificar un argumento hasta el final, hasta sus principios últimos, sólo nos queda –nos dice el nocognitivista– la persuasión o la fuerza. Ciertamente existiría una tercera posibilidad: interrumpir el discurso y con éste toda actividad dirigida a hacer cambiar de postura a nuestro interlocutor. Este planteamiento puede considerarse en algún sentido tolerante, pero de aquella tolerancia que ve al otro con condescendencia y con una cierta irritación. No obstante, esta forma de tolerancia es posible sólo allí donde la interrupción de la comunicación pueda realizarse sin otros inconvenientes graves. Sin embargo en los casos más importantes y controvertidos de discurso moral la cuestión en juego es algo común a las partes, afecta a intereses compartidos por estas, que exigen por tanto una solución también común. En tal caso, así, la interrupción de la comunicación ya no es practicable. El nocognitivista en un caso de este estilo sólo podrá entonces recurrir a la persuasión y a la fuerza.

En realidad la fundamentación «objetiva» (es decir «cognitiva») o «relativa» (es decir «nocognitiva») de una opinión o posición tiene bien poca influencia sobre el contenido de las mismas. Idénticas posiciones morales han sido justificadas bien con estrategias «cognitivistas» u objetivistas bien con estrategias «nocognitivistas» o relativistas: es precisamente el caso de la tolerancia. Una posición u opinión es intolerante o autoritaria o represiva por lo que dice, afirma o prescribe, e decir por su contenido proposicional. Ahora bien esto es independiente de su estatuto epistemológico: tiene sentido en efecto si se hace abstracción de la cualidad de los métodos invocados para afirmar la verdad y la justeza<sup>28</sup>. Se puede indagar sobre la verdad o justeza de una tesis o de una opinión sólo si preliminarmente se está en condicio-

---

<sup>28</sup> Ello explica también (al menos en parte) por qué –como dice Rawls– en la teoría de la justicia «definitions and analyses of meaning do not have a special place» (J. RAWLS, *A Theory of Justice*, IX rist. Oxford University Press, 1989, p. 51).



nes de entenderla, es decir, de atribuirle un significado<sup>29</sup>. Así como la proposición «el gato está sobre la alfombra» tiene sentido prescindiendo del hecho de que sea verificable de manera absoluta o relativa, igualmente la proposición «la pena de muerte es cruel e inhumana» está dotada de significado e intenta dirigir la conducta humana prescindiendo del tipo de justificación que puede ofrecerse para dicha proposición. Lo que es cierto es que ambas proposiciones, si son afirmadas sinceramente, implican la pretensión de ser correctas y se exponen a la posibilidad de ser rechazadas. En este sentido entonces tanto las proposiciones descriptivas como las normativas son «objetivas» (ya que implican una pretensión de «corrección») y «relativas» (ya que dicha pretensión de corrección reenvía a la posibilidad de una argumentación y por tanto también de un rechazo).

Un juicio y una opinión serán autoritarios si prescriben el uso de la fuerza, de la violencia, o si glorifican las jerarquías y las desigualdades de derechos. Un juicio como anteriormente citado sobre la pena de muerte no será ni autoritario ni represivo, incluso en el caso de que alguien lo concibiera como «objetivo» o «absoluto». Mi conclusión es entonces la siguiente: la validez de la tolerancia como principio de respeto de la libertad ajena de opinión (en la segunda de las acepciones del concepto ofrecidas al principio de este artículo) y como principio de indulgencia y moderación en la afirmación de los propios derechos (en la tercera de las acepciones ya consideradas) se juzga con referencia a la sustancia, al contenido de un argumento o de un idea en el primer caso, o a las consecuencias de una conducta en el otro, y no mediante el escrutinio –muy complejo y controvertido al menos tanto cuanto lo es el mismo principio de tolerancia– de su estatuto epistemológico. Aunque no fuéramos criaturas sujetas al error, fáciles presas de las pasiones menos loables, seres siempre próximos a la estupidez, deberíamos no obstante soportarnos mutuamente, perdonarnos las respectivas necedades, mantenernos indulgentes con los recíprocos excesos. Y ello porque la autonomía personal y por tanto su manifestación en creencias y conductas (aunque erróneas y reprochables) es parte integral de la *igual*

---

<sup>29</sup> Cfr. a propósito lo que señala POPPER (*Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*, Mohr, Tübingen, 1979, p. 276): «Bevor man überhaupt fragen kann, ob ein Satz wahr oder falsch ist, muß man wissen, ob er einen *Sinn* hat oder ob er *Unsinn* ist» (cursivas en el texto).

*dignidad del ser humano*<sup>30</sup> y es uno de nuestros máximo *bienes*<sup>31</sup>, o en otros términos porque —como ha dicho un pertinaz defensor de la tolerancia— «homo homini Deus»<sup>32</sup>.



<sup>30</sup> Cfr. R. DWORKIN, en ID & S. Lukes, «*The Political Culture of Liberalism and the Prospects for Eastern and Central Europe. Panel Discussion*», en *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1991, vol. II-2, p. 281: «I must understand the importance of not attempting that I run the life of anyone else in the community. Not simply out of a kind of scepticism but out of sense that it is part of that person's inherent worth to make decisions about the character of life for themselves» (cursivas mías).

<sup>31</sup> En la teoría de Rawls las diferentes concepciones del «bien» son «no-negociables» (vid. J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 314) no porque todas sean infundadas e inconmensurables (a la manera, para entendernos, de Max Weber e Isaiah Berlin), sino más bien porque todas ellas son plenamente justificadas en cuanto que todas son reducibles a una cierta *general* idea de persona. Y es así que esas (aquellas concepciones) ofrecen un argumento en favor de la libertad de conciencia.

<sup>32</sup> B. SPINOZA, *Ética*, IV, 35 sc., y cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 948, donde se afirma que la tolerancia puede ser definida «como la atribución a cada persona del mismo valor». Me parece recordar además que las cuatro «razones» de la tolerancia indicadas por Norberto Bobbio en un ensayo justamente famoso («Las razones de la tolerancia», N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, II ed., Einaudi, Torino 1992, pp. 235 ss.) tienen todas carácter «cognitivo», tratándose la primera de un argumento consecuencialista (el de la «prudencia política», por la cual es más útil o económico no ser intolerantes con los otros si no se quiere que éstos sean intolerantes con nosotros mismos), los otros dos argumentos deontológicos (i) el método de la persuasión como más justo respecto al uso de la fuerza, (ii) el respeto de la persona ajena como valor) y el último un argumento racional-instrumental (la necesidad de la pluralidad de las opiniones y de las verdades parciales como vía para el alcance de la verdad completa).